LAW Ref. B659s

Das Wrightfeld

3 1761 09373513 2

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/schreibendenlblg00blun

Law
Pol.
06595

Schreiben

an den

Löbl. Gemeinderath der Stadt Bern

betreffend

das Wylerfeld.

Von

Geheimerath Professor Dr. Johann Kaspar Bluntschli

in Heidelberg.

Bern.
Stämpfli'sche Buchdruckerei.
1878.

13468
16/6/91

An den

Löbl. Gemeinderath der Stadt Bern.

Hochgeehrte Herren,

Ich habe die neue Druckschrift, Bemerkungen des Geheimen Justizraths von Ihering sammt Beilagen, welche mir in Ihrem Auftrage durch Herrn Nationalrath Brunner zugesendet worden, aufmerksam gelesen, und beehre mich nun, Ihnen meine *Erwiderung* zu beliebigem Gebrauche mitzutheilen.

Ich war vollständig darauf gefasst, dass Ihering den einmal übernommenen «Kampf um's Recht» mit Eifer und Ausdauer durchführen werde. Da ich aber, obwohl von Natur nicht zum Streite geneigt, das Unglück hatte, eine der Ansicht Ihering's entgegengesetzte Auffassung von dem Vertragsverhältniss zwischen der Stadt Bern und der Centralbahn durch sorgfältiges Studium der Akten gewonnen zu haben, so sah ich dieser Gefahr ruhig entgegen.

Dennoch wurde ich durch die Wahrnehmung überrascht, dass von Ihering auf die eigentlichen Differenzen aus Furcht, zu blosser Wiederholung seines Gutachtens genöthigt zu sein, gar nicht eingeht, sondern statt dessen zu einem ganz ungewöhnlichen Mittel seine Zuflucht nimmt, um auf das Gericht einzuwirken. Er ruft eine grosse Schaar von Freunden herbei und ersucht dieselben, gleichsam als moderne Eideshelfer seine Autorität durch ihre Autoritäten zu unterstützen.

Käme es darauf an, statt die Thatsachen zu prüfen und die sachlichen Gründe zu erwägen, Namen und Autoritäten wider einander abzuwägen, so wäre die Aussicht auf Anerkennung Ihres Klagebegehrens nun sehr trübe geworden. Das Gewicht des Namens Ihering wog für sich allein schon schwer genug. Seitdem er nun dafür gesorgt hat, dass noch neun gewichtige Freunde und Eideshelfer ebenfalls «*das Gewicht ihres Namens bei dem Richter für die Beklagte in die Wagschale werfen*», kann es ja nicht fehlen, dass die andere Wagschale, in welcher nur mein Name, wenn gleich von dem Urtheile des Amtsgerichts Bern unterstützt, sich findet, in die Höhe geschnellt werde. Wenn sich die Mitglieder des Obergerichts durch Autoritäten imponiren und von Namen schrecken lassen, so scheint Ihre Sache nun verloren. Der Aufwand, welcher in dieser Hinsicht gemacht worden ist, um theoretische und praktische deutsche Juristen zu Hülfe zu rufen, ist in der That so ungewöhnlich, wie die naive Zuversicht, mit welcher Ihering trotz solcher Einwirkung auf die Richter von seiner Unparteilichkeit überzeugt bleibt, bewundernswürdig ist.

Es ist in Frage gekommen, ob es nicht zweckmässig sei, dass ich ebenfalls befreundete Theoretiker und Praktiker zur Unterstützung meiner Ansicht sammle und vorführe. Aber ich kann mich zur Betretung dieses Weges durchaus nicht entschliessen. Wären grosse Prinzipien in Frage, die schwer zu erkennen sind und wichtige Lebensinteressen der Gesellschaft betreffen, wie ein Streit über persönliche Freiheit oder die Ehe, das Eigenthum, Treue und Glauben im Verkehr u. dgl., so würde auch ich gerne bereit sein, Umfrage zu halten bei befreundeten Fachgenossen und ihre Hülfe anzurufen. Der gegenwärtige Prozess aber wird lediglich über die Auslegung eines nicht gerade sehr glücklich stilisirten Vertrags geführt, und der Ausgang desselben hat wohl ein sehr erhebliches ökonomisches Interesse für die beiden Prozessparteien, auch daneben ein mittelbares Interesse für die bernischen Militärübungen, aber für den deutschen Juristenstand oder für die Rechtsüberzeugung der Welt und die Wissenschaft gar keine Bedeutung. Desshalb

scheint mir da ein massenhaftes Werben und Vorführen juristischer Autoritäten ein ganz unverhältnissmässiges Mittel der Prozessführung, welches eben durch das Uebermass des Kraftaufwandes einen wunderlichen, nicht einen überzeugenden Eindruck macht.

Ich habe überdem das Vertrauen, dass die Mitglieder des Obergerichts von Bern, welche mit den thatsächlichen Verhältnissen des Streitfalles besser bekannt und eher in der Lage sind, die Akten zu studiren, den streitigen Thatbestand leichter erkennen werden, als das deutschen Juristen in Göttingen, Berlin, Tübingen u. s. f. *ohne die Akten* möglich ist.

Immerhin nöthigt mich die neue Streitschrift mit ihren zahlreichen Meinungsäusserungen zu erneuerter Prüfung, und so weit ein Bedürfniss vorliegt, zur Klarstellung der vorhandenen Gegensätze und zu weiterer Begründung meiner Ueberzeugung. Indem ich mich dieser Aufgabe unterziehe, hoffe ich auch, den Bemerkungen mehrerer auch von mir hochgeachteter Sachverständiger, deren Aeusserungen vorliegen, gerecht zu werden und mich mit denselben zu verständigen.

Der Gegensatz der Ihering'schen Auffassung des Vertrags und meiner Auslegung desselben beruht weniger auf einer verschiedenen Rechtsansicht als auf einer verschiedenen Ansicht über die zu Grunde liegenden Thatsachen. Eben desshalb hat der ganze Streit ein geringes juristisches Interesse und kommen juristische Autoritäten wenig in Betracht.

Ich habe aus den Akten die Ueberzeugung erlangt, dass sich Jhering ein unrichtiges Bild von dem Thatbestande gemacht habe, ein Bild, an welchem seine reiche Phantasie einen grösseren Antheil habe als das Studium der Akten. Unser Streit ist nicht der, ob eine Sache weiss oder schwarz sei, sondern der, was für eine Sache zur Beurtheilung komme, voraus ein Streit über Thatfragen, nicht über Rechtsfragen.

Da ich vollständig von der Aufrichtigkeit Jherings überzeugt war und als selbstverständlich annahm, dass er nur dem seine Vertheidigung gewähre, was er für wahr und recht halte, so erklärte ich mir das Bild des Thatbestandes, auf welches er

seine Begutachtung gründete und das mir als aktenwidrig erschien, aus einer unvollständigen und ungenauen Instruktion, welche ihn zu einer irrthümlichen Gestaltung des Thatbestandes verleitet habe. Ich ersehe nun aus seinen Bemerkungen, dass ich mich getäuscht hatte, indem er nach seiner Erklärung ganz dieselben Akten vor Augen gehabt zu haben scheint, aus denen ich ein anderes Bild des Thatbestandes bekam. Auch heute noch halte ich an jener guten Meinung fest, aber ich muss heute mir das sachliche Missverständniss anders zu erklären suchen.

Fast alle von Ihering beigebrachten Meinungsäusserungen sind unter der Bedingung abgegeben, «wenn die *thatsächliche* Angabe Jherings richtig sei». Am vorsichtigsten, wie es zu erwarten war, sind in dieser Hinsicht die Aeusserungen der praktischen Juristen gehalten, insbesondere von dem Reichsoberhandelsgerichtsrath von *Hahn* in Leipzig, Obertribunalrath *Bähr* in Berlin, Etatsrath *Preusser* in Kiel und Obergerichtsrath H. *Becker* in Oldenburg. Ich habe mir, als ich diese mit mancherlei Vorbehalten verklausulirten Voten las, sagen müssen: Würde ich den Thatbestand, wie ihn Ihering dargestellt hat, für richtig halten können, so käme ich auch zu dem Resultate der Abweisung der Klage.

Da somit Alles davon abhängt, welcher Thatbestand als richtig zu Grunde gelegt werde, diese Frage aber *ohne Aktenkenntniss gar nicht* entschieden werden kann, von dem Berner Obergericht aber leicht und sicher entschieden werden wird — Obergerichtsrath Becker hat beides in seiner Begutachtung ausdrücklich anerkannt —; so muss ich die thatsächlichen Unterschiede noch schärfer hervor heben. Dieselben lassen sich am besten übersichtlich so ordnen:

1) Voraussetzungen und Verhandlungen vor dem Vertragsabschluss von 1857;
2) der Vertrag von 1857;
3) die Errichtung des Schutzwalls 1864/65;
4) die behauptete Aenderung in der Art der Schiessübungen;
5) die Formulirung des Klagebegehrens.

1. Voraussetzungen und Verhandlungen vor dem Vertragsabschluss von 1857.

Es war mir aufgefallen, dass das Gutachten Iherings die Zustände und Verhandlungen vor 1857 gänzlich überging. Ich war der Meinung, dass für die richtige Erkenntniss eines bestrittenen Rechtsgeschäftes, insbesondere eines Vertrags, die Kenntniss der Umstände, unter denen, und der Vorverhandlungen, durch welche das Geschäft vorbereitet und abgeschlossen worden, von Erheblichkeit sei. Zu meiner Beschämung erfahre ich nun, dass das die Meinung eines *Historikers,* nicht eines *Juristen* sei und dass die wahre Kunst des Juristen darin bestehe, alle derartigen Nebendinge auszuscheiden. (Bem. S. 10.) Bequemer freilich finde ich die letztere Methode auch. Man braucht sich dann keine Mühe zu geben, dass die Widersprüche zwischen der Vorgeschichte und dem vermeintlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts aufgelöst werden und kann sich ungehemmt der Freude an reinlichen und glatten Konstruktionen hingeben. Aber ich kann mich des altväterischen Zweifels nicht entschlagen, ob das nicht eher Poesie als Jurisprudenz sei.

Als ich Jhering darauf aufmerksam zu machen mir erlaubte, dass er ungenau das Wylerfeld immer nur als *Schiessplatz* und *nicht* auch als *Exercierplatz* bezeichne, hatte ich nicht die mir nun zugeschriebene (Bem. S. 13) Lächerlichkeit einer vollständigen Titulatur im Sinne. Ich nahm nicht daran Anstoss, dass die ursprünglichere und wesentlichere Bezeichnung Exercierplatz weggelassen und die pompösere Schiessplatz allein angewendet wurde. Ich erinnerte mich, dass wir Professoren ja auch oft Geheimeräthe genannt werden, obwohl wir sicher wesentlich Professoren und nicht geheime Räthe sind. Ich wollte vielmehr auf den Irrthum hinweisen, dass die vertragsmässige Entschädigung von Fr. 2000, welche die Centralbahngesellschaft an die Einwohnergemeinde zahlte, lediglich für die *Störungen im Schiessen* und nach der Auffassung Iherings sogar nur, um ihr die Unbequemlichkeit eines *Schutzwalls* zu vergüten, bezahlt worden sei. In Wahrheit beziehen sich die Vorverhandlungen über

Entschädigung der Einwohnergemeinde, ganz abgesehen von einem Schutzwall, auf die *Verminderung der Pachtsumme,* welche die Gemeinde erlitt, weil der Staat für das Wylerfeld in Folge der Durchschneidung desselben durch die Bahn weniger Pacht bezahlen wollte. Die verminderte Brauchbarkeit des Wylerfeldes als *Exerzierplatz* hatte an dieser Verminderung des Pachtzinses jedenfalls einen sehr erheblichen Einfluss. Die Exerzierübungen gehen den Schiessübungen bekanntlich vorher, jene dauern fort, diese werden eher auf bestimmte Tage konzentrirt. Die fortwährende Belästigung der Exerzierübungen fiel daher schwerer ins Gewicht als die zeitwährende der Schiessübungen. Die Fassung des Vertrags in litt. *d* ist in dieser Hinsicht vollkommen deutlich. Es soll die Entschädigung für «die gestörte Benutzung und bleibende Beschränkung» des Wylerfeldes, in seinem «*durch die Bahnanlagen* veränderten Bestand», nachdem es dennoch «auch *fernerhin* als *Exerzier- und Schiessplatz*» beibehalten wird, und für die dadurch bedingte Herabsetzung des Pachtzinses bezahlt werden. Um dess willen dürfen die Bestimmungen der litt. *e* über die Schiessübungen nicht mit Ihering so interpretirt werden, als wäre in litt. *d* für die *Störung des Exerzierens nichts,* sondern *Alles* für einen in Aussicht genommenen *Schutzwall* bezahlt worden.

Aus der Vorgeschichte des Vertrags ergibt sich ferner mit voller Bestimmtheit, dass ursprünglich für die Entwerthung des Wylerfeldes als Exerzier- und Schiessplatz in Folge der Durchschneidung durch die Bahn *Fr. 20,000* Entschädigung gleich dem Kapitalbetrag des von der Regierung dafür bezahlten Pachtzinses von Fr. 1000 gefordert worden ist, und dass später diese Entschädigungsforderung für den Fall, dass auch nach Herstellung der Bahn das Wylerfeld noch als Exerzier- und Schiessplatz benutzbar sei, auf *Fr. 10,000* herabgesetzt wurde. Diese Thatsachen werden von beiden Prozessparteien vollständig anerkannt. Ich habe die Belege dafür in meinem Gutachten Seite 6 und 7 angegeben. Die Akten (Art. 10 und 90) geben darüber klaren Aufschluss. Wenn ich desshalb bemerkte, dass sich in die Redaktion des Vertrags von 1857 in der Erwähnung dieser

Thatsache ein Versehen eingeschlichen habe, und desshalb die Bedingung in litt. d unrichtig gefasst sei, so ist diess nicht, wie Ihering S. 14 der Bemerkungen schreibt, eine «überraschende Entdeckung», von der während zwanzig Jahren Niemand eine Ahnung hatte. Die beiden Parteien, Stadt Bern und Centralbahn, kannten die wirklichen Vorgänge und kümmerten sich um die widersprechende Formulirung um so weniger, als ja, gemäss dem Vertrage selbst, die Fr. 2000 *ohne* Verlegung des Schiessplatzes, *gleichzeitig* mit der Bezahlung des Kaufpreises für das zur Bahn abgetretene Land bezahlt werden mussten und bezahlt worden sind. Nach der Formulirung der Bedingung, welcher der Schlusssatz der litt. *d* widerspricht, hätte die Entschädigung, «*auf den Fall der Verlegung*», also bis heute, *nicht* bezahlt werden müssen. Ich zweifle nicht, dass, wenn in einer Schrift «das Gutachten Iherings zu Gunsten des Klägers» zitirt würde, auch Ihering die Entdeckung eines Versehens nicht überraschend vorkäme und auch er fände, dass der Schreiber entweder hätte schreiben müssen: «das Gutachten Iherings zu Gunsten des Beklagten» oder: «das Gutachten Bluntschlis zu Gunsten des Klägers». Ganz so steht es mit der Redaktion der litt. *d*. War die Verlegung gemeint, so musste es heissen Fr. 20,000, war die Nichtverlegung gemeint, so konnte Fr. 10,000 stehen bleiben.

Ihering beruft sich nun in seinen Bemerkungen, S. 7 u. f., entschiedener als in seinem ursprünglichen Gutachten auf das Zeugniss der Herren Gränicher und Vogel, das er früher «aus zu weit getriebenem Bestreben nach Unparteilichkeit und in falschem Sicherheitsgefühl zu sehr in den Hintergrund gerückt hatte» (S. 8). Ich hatte in meinem Gutachten (S. 22) dem Zeugnisse der genannten Herrn keineswegs jede Glaubwürdigkeit, sondern nur die *volle* Glaubwürdigkeit abgesprochen, stand also damals wesentlich auf demselben Standpunkt, den Ihering heute einnimmt, um die Interessen der Beklagten nicht zu verletzen.

Aber ich kann dieser Aussage, selbst wenn die Zeugen, wie Professor König (S. 35) behauptet, nach bernischem Rechte

als klassische Zeugen gelten, keine Bedeutung beilegen theils aus dem früher in meinem Gutachten (S. 23) angeführten Grunde, theils desshalb, weil die Gemeinde Bern, als sie den beiderseits von blossen Delegirten abgeschlossenen Vertrag genehmigte, ebenso wie die Centralbahngesellschaft lediglich die *allgemeine Formulirung des Vertrags* — ohne Beschränkung auf den Schutzwall — vor Augen hatten und *guthiessen*. Wollten alle andern Einrichtungen ausser und neben einem Schutzwall ausgeschlossen werden, so musste das im Vertrag gesagt und nicht ein allgemeiner Ausdruck gewählt werden, der *einen Schutzwall und andere Massregeln* in sich begreift.

2. Der Vertrag von 1857.

Ich habe mit Beruhigung wahrgenommen, dass gerade die praktischen Autoritäten, welche Ihering um ihre Meinung ersucht hat, den Vertrag und demgemäss die ursprüngliche Verpflichtung der Centralbahn wesentlich ebenso verstehen und auslegen, wie ich. *Von Hahn* nimmt mit mir und abweichend von Ihering an, die Verpflichtung sei *nicht* auf die alleinige Sicherheitsvorkehrung durch den Schutzwall beschränkt und dieser nur dann als Erfüllung des Vertrages zu betrachten, wenn er sich nach den beiden erwähnten Richtungen (genügender Schutz des Bahnbetriebes und Ermöglichung des ungehinderten Fortganges der Schiessübungen) als vertragsmässige Vorkehrung erwiese (S. 18). *Bähr* erklärt es mit mir für unzweifelhaft, dass die Centralbahn sich verpflichtet habe, die Schiessübungen ihren ungehinderten Fortgang nehmen zu lassen und zugleich für Sicherheitsvorkehrung gegen Gefährdung des Bahnbetriebs zu sorgen, und dass daher die zweite Verpflichtung in einer Weise zu erfüllen sei, dass dadurch die erste Verpflichtung nicht beeinträchtigt würde. (S. 21.) *Preusser* ist, wie ich, der Ansicht, dass in der negativen Verpflichtung zu dem pati auch die Verpflichtung liege, nichts zu thun, also namentlich keine Sicherheitsvorkehren zu treffen, wodurch jene erste Verpflichtung illusorisch würde (S. 24 u. 25). *Becker* fasst

die Meinung der Kontrahenten ebenso auf (S. 26 u. 27), und stimmt nur unter der Voraussetzung Ihering bei, dass in Folge einer *spätern* Veränderung der *Art* des Schiessens in knieender und liegender Stellung die früher zweckentsprechende Sicherheit zweckhindernd geworden sei, will aber diese Frage ohne Akteneinsicht nicht entscheiden (S. 28 u. 29). Nur *Römer* scheint dem Vertrag eine Auslegung zu geben, wonach die Centralbahn ihre Sicherheitsmassregeln zum Schutz des Bahnbetriebs auch so machen kann, dass dadurch die erste Hauptverpflichtung, das Zielschiessen über die Bahn zu dulden, aufgehoben wird (S. 20). Mir ist das völlig unverständlich. Sowohl der *Zweck* des ganzen Vertrags, die *Fortdauer der Schiessübungen* mit der Errichtung einer Bahn über das Wylerfeld und der Sicherheit ihres Betriebs zu verbinden, als der durchaus deutliche *Inhalt* des Vertrags, der *beide* Verpflichtungen *neben und mit* einander ausspricht, erweisen diese Auslegung als unmöglich.

Wenn man daher von der in Abschnitt 3 zu erörternden Frage über die angebliche Genehmigung des Schutzwalls und deren Folgen absieht, so ergibt sich als Resultat der erneuerten Prüfung, mit welcher auch die Gutachten von Hahn, Bähr, Preusser und Becker übereinstimmen, dass ich mit Recht auf S. 11 meines Gutachtens die 1857 von der Centralbahn übernommene Verpflichtung so formulirt habe: «zu dulden, dass die *Schiessübungen* der Schützen und Truppen *ihren ungehinderten Fortgang nehmen und* solche Sicherheitsvorkehren zu treffen, dass das Zielschiessen über die Bahn *ohne Gefährdung des Bahnbetriebs* stattfinden *könne.*» Welche Mittel sie zu diesem Zwecke wähle, ist nicht näher bestimmt. Wenn Prof. *König* (S. 34) diese Verpflichtung so darstellt — « Sie kann jede Massregel wählen, welche den Zweck erreicht, ohne die Ausübung der Servitut unmöglich zu machen; *denn da sie das Schiessen gestatten muss, so darf sie es nicht unmöglich machen*» — so sagt er ganz dasselbe, nur mit andern Worten, und ich begreife nicht, wie er mir eine andere Meinung als diese zuschreibt.

Eine von allen andern abweichende Auffassung findet sich in dem Gutachten von Prof. *Laband* in Strassburg. Die aus der Natur der Verhältnisse und aus den Akten völlig klare Absicht der Kontrahenten, die Fortbenutzung des Wylerfeldes als Exerzier- und Schiessplatz mit der neuen Anlage einer Eisenbahn über das Wylerfeld zu *verbinden,* wird ignorirt und die vertragsmässige Dienstbarkeit, welche die Centralbahn übernahm, so ausgelegt, als ob die Kontrahenten gar nicht an die Fortdauer der militärischen Schiessübungen, sondern lediglich an die Benutzung des *Luftraums über der Bahn* gedacht hätten (S. 37).

Dabei wird dann, ganz folgerichtig mit der formalen Konstruktion dieser Luftservitut, gar kein Gewicht gelegt auf die Art und den Umfang des Schiessens, dagegen zwischen der blos negativen Servitut, das Durchschneiden des Luftraums durch die Kugeln zu dulden, und der positiven *Verbindlichkeit,* Sicherheitsvorkehrungen *für den Bahnbetrieb herzustellen,* ein so schroffer Gegensatz sowohl im Inhalt als im Umfang entdeckt, dass beide gar keinen Bezug auf einander haben, und namentlich die letztere Verpflichtung gar nicht auf *militärische* Bedürfnisse achtet, sondern nur auf *polizeiliche.* So gerathen dann privatrechtliche, militärische und polizeiliche Interessen, von denen ich annehme, dass sie sämmtlich in Harmonie zu bringen sind, in einen offenen Kampf mit einander, so dass das eine das andere vernichtet und schliesslich allerdings *gar keine praktische Verbindlichkeit für die Centralbahn* und *kein brauchbares Recht der Stadt Bern* übrig bleibt. Ich erlaube mir aber meine Hoffnung auszusprechen, dass der gesunde praktische Verstand der Berner Richter sich durch das Gestrüppe juristischer künstlich gezogener Schlingpflanzen den Weg öffnen werde, um das nothwendige Ziel eines Rechtsschutzes zu erreichen, welcher die Fortdauer der Schiessübungen mit der Sicherheit der Bahn verbindet, und nicht entweder jene oder diese zerstört.

Bisher hatte Niemand behauptet, die «Schiessübungen müssen ihren Fortgang nehmen können, als wäre die Centralbahn überhaupt nicht vorhanden» (S. 41). Vielmehr sind die

Parteien und sämmtliche Begutachter darüber einig, dass die Existenz der Bahn unter allen Umständen für Exerzier- und Schiessübungen eine *relative Störung* sei, und dass diese relative Beschränkung auch allseitig *zugestanden* sei.

Die Frage ist nur die, ob nicht die Sorge für die Sicherheit des Bahnbetriebs, die der Centralbahn obliegt, in dem Sinne verstanden und ausgeübt werden müsse, dass *zugleich* die *Fortdauer der Schiessübungen möglich sei.* Diese Frage wird von Ihering und Laband in Uebereinstimmung mit der Meinung der Beklagten verneint, von mir in Uebereinstimmung mit dem Rechtsbegehren der Klägerin und mit dem Richter erster Instanz bejaht.

3. Die Errichtung des Schutzwalls, 1864.

Die meisten beigebrachten Meinungsäusserungen, insbesondere der praktischen Juristen, legen das entscheidende Gewicht auf die angenommene *Genehmigung* des Werks (Schutzwalls) durch die Gemeinde und sind desshalb geneigt, die Klage abzuweisen, von der sie annehmen, sie verlange unbedingte und vollständige Beseitigung des Schutzwalls. (Vgl. das Gutachten von Obergerichtsdirektor Becker, S. 29.)

Es bedarf daher dieser Punkt, der in meinem Gutachten nur kurz berührt war, weil er nach der damaligen Lage des Streites nicht dieselbe Bedeutung hatte, wie die Auslegung des Vertrags von 1857, einer genaueren Prüfung.

Dabei muss von Anfang an der Unterschied zwischen der Auffassung Iherings und der meinigen über den Sinn der Vertragsverpflichtung von 1857 scharf im Auge behalten werden.

Wenn der Vertrag von 1857 die Centralbahngesellschaft *nur* verpflichtete, einen Schutzwall zur Sicherung des Bahnbetriebs gegen die bei den Schiessübungen über die Bahn geschossenen Kugeln zu treffen, so handelte es sich im Jahre 1864 einfach um Erfüllung *dieser* Verbindlichkeit, und ist, da die Stadt nicht ausdrücklichen Widerspruch erhob, die Erfüllung nicht jetzt erst anzufechten, (Ansicht Iherings).

Wenn dagegen, wie ich mit dem Richter erster Instanz und mit mehreren neuen Begutachtern, die Ihering beigezogen hat, annehme, die Verpflichtung der Centralbahngesellschaft im Sinne des Vertrags von 1857 einen *weitern Umfang* hat und *voraus* darauf gerichtet ist, den *Fortgang der Schiessübungen* auf dem Wylerfelde zu *dulden* und *nicht zu behindern,* so kann die Errichtung eines Schutzwalls im Jahre 1864/65 nicht als die wahre Erfüllung der Vertragspflicht angesehen werden, sondern *nur* als eine Sicherheitsmassregel für den Bahnbetrieb, wobei *immer noch die Frage offen blieb,* ob *die Erfüllung jener Hauptverpflichtung nicht dadurch beeinträchtigt werde.* Hierüber konnte nur die Erfahrung entscheiden.

Ich bin nun zu einer genaueren Darstellung nicht bloss aus Achtung vor den Bedenken dieser Gutachten veranlasst, sondern auch dadurch, weil ich selber zu einem Missverständnisse Gelegenheit gegeben habe, indem ich S. 28 von dem «Einverständniss mit der Stadtgemeinde» gesprochen habe, ohne den Inhalt und die Bedeutung desselben genauer zu präzisiren.

Es ist zu beachten, worauf der Anwalt der Klägerin ausdrücklich aufmerksam macht, dass das *Rechtsverhältniss* zwischen der *Regierung* und der *Centralbahngesellschaft* ein *öffentlich-rechtliches,* das aber zwischen *Stadtgemeinde* und *Centralbahngesellschaft* ein *privatrechtliches* ist. Zwischen den letzteren Kontrahenten haben 1864/65 *gar keine Verhandlungen* stattgefunden, sondern es wurde nur verhandelt einerseits zwischen Centralbahngesellschaft und Regierung und andrerseits zwischen Regierung und Militärdirektion und Stadtgemeinde. *Davon aber, dass die Regierung auf vertragsmässige Ansprüche der Stadtgemeinde gegen die Centralbahn verzichten wollte* oder *überhaupt nur hätte verzichten können, war nie die Rede.* (Art. 283, Replik.)

Aus den Akten entnehme ich nun folgende Angaben über die Verhandlungen von 1864.

Nachdem die Erfahrung gezeigt hatte, dass das Schiessen über die Bahn weg für den Betrieb der Bahn gefährlich sei,

wendete sich am 11. März 1864 die Centralbahngesellschaft an die Regierung mit dem Begehren, dass dieselbe Massregeln treffe zum Schutz des Bahnbetriebs. Als solche bezeichnete sie *entweder* die *Einstellung der Schiessübungen oder* die *Errichtung eines Schutzwalles.* (Art. 28, 121.)

Daraufhin liess die Regierung das Bedürfniss durch Ingenieure prüfen. Die Prüfung wurde im Auftrag der Eisenbahndirektion durch die Oberingenieure Gränicher und Dapples vorgenommen. (Art. 29, 122a.) Das Gutachten erklärt, es gebe drei Mittel, dem Uebelstand abzuhelfen:

1) Die *gänzliche Abschaffung der Schiessübungen* auf dem Wylerfelde, beziehungsweise die Wahl eines andern Schiessplatzes. Die Experten empfehlen aber, von diesem Radikalmittel abzusehen, «da keine nahe Aussicht vorhanden» sei, dasselbe anwenden zu können.

2) *Verlegung der Schusslinie* anstatt *über* die Bahn *parallel* mit der Bahn. Sie halten aber auch dieses Mittel für «beinahe inadmissibel».

3) Die *Erstellung eines Walles* längs der Bahn, welcher 12 Fuss über den Schienen und 4 Fuss über dem Terrain erhoben werde. Sie empfehlen dieses Mittel mit der Bemerkung: «Für die Schiessübungen wird dieser Wall *kein grösseres Hinderniss bieten,* als die jetzigen Einfriedigungszäune, *durch* welche nur unbefugter Weise geschossen werde.» (Art. 122b vgl. mit Art. 30.)

Nach dem Gutachten der Sachverständigen hatte allein das dritte Mittel Aussicht auf Anwendung. Für die Schiessübungen sahen sie darin *kein grösseres Hinderniss* als das bereits bestehende des Friedzaunes von derselben Höhe, über den ebenso wie über den Damm weggeschossen werden musste. Der Unterschied lag nach der Angabe der Experten nur darin, dass der Wall, wenn tiefer geschossen wurde, die Kugeln auffing, während der Zaun dieselben durchliess.

Trotz dieses Gutachtens wurde noch der Versuch einer *Verlegung der Schusslinie* gemacht, in der Absicht, der Centralbahngesellschaft die Kosten besonderer Sicherungsvorkehren zu

ersparen. Derselbe erwies sich aber sofort als unpraktisch. (Art. 124, 125, 126 vgl. mit Art. 31.)

Um der Gefährdung des Bahnbetriebs nun zu begegnen, wurden von der *Militärbehörde* die Schiessübungen der *Truppen* über die Bahn ganz eingestellt und auch mit Ermächtigung der Regierung durch das Statthalteramt den *Schützengesellschaften* das Schiessen über die Bahn *polizeilich* verboten. 29. August 1864. (Art. 126, 127 vgl. mit Art. 32.)

Die Mittheilung dieses Verbots an den Gemeinderath Bern veranlasste diesen zuerst, da er auch eingeladen worden war, den Schützenvereinen einen *anderen Schiessplatz* anzuweisen, den Regierungsrath auf die *bestehenden Vertragsverhältnisse* aufmerksam zu machen. (Art. 33.) Die Aeusserung ist insofern wichtig, als darin zwar das öffentliche Recht der Militärbehörde, über die Schiessübungen beliebige Anordnungen zu treffen, und ebenso auch das demselben gleich stehende Recht der Polizeibehörde, aus polizeilichen Gründen das Schiessen den Privaten zu untersagen, vollständig anerkannt, aber zugleich die Servitut der Centralbahngesellschaft hervorgehoben und nachdrücklich betont wurde, dass sie das Schiessen über die Bahn *dulden müsse*, mit dem Beifügen, wenn um der Bahn willen die Schiessübungen untersagt werden müssten, dann sei die *Centralbahngesellschaft entschädigungspflichtig* und dürfe nicht der Stadtgemeinde zugemuthet werden, für einen andern Schiessplatz zu sorgen. Der Gemeinderath erklärte, dass die Centralbahngesellschaft in Folge jenes Verbotes *nicht* von ihrer «*Dienstbarkeit als entbunden*» zu betrachten sei. Dem Regierungsrath wurde so der Vertrag von 1857 wieder in Erinnerung gebracht.

Als daher die Centralbahngesellschaft meinte, in Folge der militärischen Suspension der Schiessübungen und des Polizeiverbots sei die Gefahr für den Bahnbetrieb definitiv beseitigt und sie brauche daher keine weitern Sicherheitsvorkehren vorzunehmen, sondern könne sich so einrichten, wie wenn nicht mehr geschossen werden dürfe (Art. 34 und 128), berichtigte der Regierungsrath durch Schreiben an die Centralbahngesellschaft vom 5. Oktober 1864 diesen Irrthum,

indem er dieselbe dahin verständigte, die Einstellung der Schiessübungen habe nur einen *vorübergehenden*, keinen bleibenden Charakter. Ganz entsprechend meiner Auslegung des Vertrags von 1857 erklärte die Regierung, es liege der Centralbahngesellschaft ob, **„so zu bauen,** dass der *Zweck* des Wylerfeldes als *Exerzier- und Schiessplatz* **gewahrt bleibe.“** (Art. 35, 129.) Die Regierung folgert mit Recht: «Wenn überhaupt nicht mehr ohne Beeinträchtigung der Schiessübungen auf dem Wylerfeld über die Bahn geschossen werden könnte, so müsste die Gemeinde Bern einen andern Exerzier- und Schiessplatz einräumen.» Nun sei aber die Möglichkeit, die Schiessübungen fortzusetzen, anerkannt worden, und die Centralbahngesellschaft habe die Verpflichtung übernommen, die Sicherheitsmassregeln so zu treffen, dass diese Möglichkeit erhalten bleibe. Die Regierung erklärt, die Verlegung des Exerzier- und Schiessplatzes erscheine ihr *nicht* nothwendig und die *Verpflichtung* der Centralbahngesellschaft sei *nicht* erloschen. Sie forderte daher die Centralbahngesellschaft auf, nunmehr die erforderlichen Sicherheitsvorkehren zu treffen, damit im nächsten Frühjahre die Schiessübungen wieder ihren Fortgang nehmen können. (Art. 35, 129.)

Von einer Veränderung in der Art zu schiessen, ist hier so wenig als sonst in den Akten die Rede.

Die Centralbahngesellschaft erhob durchaus *keine Einwendungen* gegen die Auffassung ihrer Verpflichtungen, wie sie sich in dem regierungsräthlichen Schreiben findet. Sie legte demgemäss einen Plan vor zu einem Schutzwall, mit der bezeichnenden Bemerkung, dass «die Querprofile nachweisen, dass bei der (angenommenen) Dammhöhe auf dem *ganzen* südlich der Bahn gelegenen Theile des Schiessplatzes die Schiessübungen *ungehindert vorgenommen werden können,* indem man *von allen Punkten* den *Fusspunkt der Scheiben A, C und E erblicken kann.*» (Art. 39, 155, 277.)

Die Centralbahngesellschaft hat also damals ihre Verpflichtung anerkannt, nichts zu thun, was den Fortgang der Schiess-

übungen behindere, beziehungsweise mehr behindere als durch den Vertrag von 1857 vorgesehen war und auch heute von dem Kläger als zugestanden anerkannt ist. *Sie hat die Versicherung gegeben, dass überall — trotz des Walls — die Scheiben bis an den Fuss sichtbar seien.*

Der neue Plan wurde nicht von der Centralbahngesellschaft, wohl aber von der Regierung der Einwohnergemeinde Bern zur Vernehmlassung mitgetheilt. (Art. 40.)

Bei diesem Anlass war die *Gemeinde* zum ersten Mal in der Lage, das Projekt des Schutzwalls zu prüfen und sich darüber auszusprechen. Sie that diess, meines Erachtens, in ganz korrekter und vorsichtiger Weise. Schreiben der Einwohnergemeinde an den Statthalter vom 9. Januar 1863. Sie bemerkte, es sei Sache «der *Militärdirektion,* zu beurtheilen, *ob* und *inwiefern* das Projekt der Centralbahn *die Schiessübungen nicht beeinträchtige.* (Art. 41, 132.)

In dieser wichtigsten Beziehung enthält also sich die Gemeinde jeder eigenen Meinungsäusserung, von der richtigen Erwägung geleitet, dass das zunächst eine *militärische* und zugleich eine *öffentlich-rechtliche* Angelegenheit sei, und dass sie als Gemeinde und Servitutberechtigter kein Interesse habe, irgend eine Einsprache zu machen, *wenn* und *solange* die Militärbehörde in der neuen Einrichtung keine Beeinträchtigung der Schiessübungen erkenne.

In dieser Erklärung liegt aber *weder* eine *Genehmigung* des Projektes in dem Sinne, dass nun der Servitutverflichtete seiner Pflicht, den ungehinderten Fortgang der Schiessübungen zu dulden, entlastet würde, *noch* irgend ein *Verzicht* des Servitutberechtigten auf sein Recht, die Centralbahngesellschaft anzuhalten, ihre Massregeln so zu treffen, dass die *Schiessübungen fortdauern können.*

Ferner erklärte die Gemeinde, es sei zunächst Sache der Centralbahn, zu beurtheilen, ob dann diese Vorkehrungen für die Sicherheit des Bahnbetriebes genügen, aber für den Fall, dass sie nicht genügen, erklärte sie, die Centralbahngesellschaft ihrer

Pflicht, für weitere Sicherheit zu sorgen, *nicht zu entlassen.* (Art. 41.)

Der Sinn dieses Schreibens ist also in *keiner* Beziehung *Entlastung* der Centralbahngesellschaft durch die *Gemeinde,* sondern nur *kein Widerspruch* und *insofern* Einverständniss der Gemeinde mit der Anlage, *unter der Bedingung: a.* dass die *Militärbehörde* im Interesse der Schiessübungen befriedigt werde, und *b.* dass die Sicherheit des *Bahnbetriebes* nicht *weitere Massregeln* erfordere. An der *bestehenden* Verpflichtung der Centralbahngesellschaft gemäss *Vertrag von 1857* wurde folglich *nichts geändert,* sondern nur die Bereitwilligkeit der Stadt erklärt, *nicht mehr* zu fordern, als die *Militär-* und *Polizeibehörde* für nöthig erachten würden. Für den Fall, dass die *Militärbehörde* jetzt oder später in dem Schutzwall eine nicht zu duldende Beeinträchtigung der Schiessübungen erkennen oder die *Polizei* weitere Sicherheit für die Bahn verlangen sollte, behielt die Gemeinde ihre vertragsmässigen Ansprüche gegen die Centralbahngesellschaft vor, und es fiel ihr nicht ein, darauf Verzicht zu leisten. Die Präsumtion des Verzichts auf das für die Gemeinde wichtigste Vertragsrecht gegenüber der Centrabahngesellschaft ist bei solcher Sachlage absolut unzulässig, und zwar nicht blos weil das betreffende Schreiben des Gemeinderathes *gar nicht* an die *Adresse* der *Centralbahn* gerichtet war, sondern auch weil *dessen Inhalt* einer derartigen Annahme *direkt widerspricht.*

Dass auch die *Regierung* nicht bloss den einen Zweck, Sicherung des Bahnbetriebs, sondern ebenso den andern Zweck, das Wylerfeld seiner Bestimmung als Exerzier- und Schiessplatz zu erhalten, vor Augen behielt, ergibt sich ganz klar aus dem Auftrag, den sie nun der Militärdirektion unterm 21. Januar 1865 gab, die Angelegenheit nach allen Richtungen zu prüfen und zu begutachten, ob mit den projektirten Massregeln der Centralbahn «der **doppelte** *Zweck* der Sicherung des Bahnbetriebes *und* des *ungeschmälerten Erhaltes* (Erhaltung) des Wylerfeldes als *Schiess-* und *Exerzierplatz* erreicht werden könne. (Art. 42, 131.)

Ebenso wird in dem Schreiben der Regierung an die Centralbahngesellschaft vom 3. April 1865, in welchem die hoheitliche Genehmigung des inzwischen modifizirten Projektes ausgesprochen wird, die Centralbahngesellschaft neuerdings ganz unzweideutig an ihre *doppelte* (nicht nach Ihering einfache) Verpflichtung erinnert, dass es ihre Sache sei, « das Wylerfeld *seinem Zwecke als Schiess- und Exerzierplatz zu erhalten* » — es versteht sich, dass diese Pflicht nicht als eine absolute, sondern nur als eine relative in dem Sinn gemeint ist, dass die Centralbahngesellschaft nichts thun dürfe, wodurch die immerhin etwas erschwerte Benutzung des Wylerfeldes als Schiess- und Exerzierplatz unbrauchbar gemacht werde — « *und* die nöthigen Einrichtungen zur Sicherheit des Bahnbetriebs zu treffen ». Die *erste* Aufgabe ist offenbar die *prinzipale,* die *zweite* die *sekundäre: erst* muss der *Fortgang der militärischen Uebungen* gesichert werden, *dann* der *Bahnbetrieb gegen Gefahren,* welche von den Schiessübungen drohen. *Letzteres ist nöthig, um das erstere zu ermöglichen.*

Indem die *Regierung* ihre Genehmigung unter einer *Bedingung* ertheilt, will *auch sie* augenscheinlich nicht blos den zweiten sekundären, sondern ebenso den primären Zweck sicher stellen. Die Bedingung lautet: « Mit dem Vorbehalte, dass wenn sich auch diese Einrichtungen als ungenügend herausstellen sollten, sie (die Centralbahngesellschaft) gehalten sein solle, die Einrichtungen zu ergänzen, bis dieselben hinreichende Sicherheit gewähren » (44. 137). Der Sinn dieses Vorbehaltes kann nicht sein, die Centralbahngesellschaft habe für den Bahnbetrieb, wenn die gegenwärtigen Sicherheitsmassregeln nicht genügen, bessere und andere Massregeln zu treffen, *ohne Rücksicht auf den Hauptzweck.* Wäre das der Sinn gewesen, so hätte der Vorbehalt nicht ganz allgemein und ohne nähere Präzisirung auf « *Ergänzung* der Einrichtungen » gelautet, sondern rundweg auf die *Erhöhung* des *Walles,* als des *einfachsten* und *ganz sichern* Mittels, den Bahnbetrieb vor den Kugeln zu schützen. Man käme bei jener Auslegung zu der absurden Folgerung, dass die Regierung, indem sie die Centralbahngesellschaft an ihre Pflicht

erinnerte, *sowohl* die Fortdauer der Schiessübungen *als* den Bahnbetrieb zu sichern, gleichzeitig ihren Vorbehalt ausschliesslich auf den *zweiten* sekundären Zweck habe *einschränken* wollen und so verstanden habe, dass die Centralbahngesellschaft berechtigt sei, durch Erfüllung des zweiten sekundären Zwecks den ersten *primären ganz zu vereiteln,* eine Logik, die geradezu absurd wäre und der Regierung nicht imputirt werden darf.

In Wahrheit bezieht sich der Vorbehalt der Regierung auf *beide* Zwecke, ganz ebenso wie die *Gemeinde* in ihrer vorläufigen Aeusserung an die Regierung *beide* Zwecke erwähnt und insbesondere mit Bezug auf den ersten ihre Zustimmung von der jeweiligen Zustimmung der Regierungsbehörde abhängig gemacht hatte.

Die Centralbahngesellschaft nahm diesen Vorbehalt der Regierung in dem Sinne an, dass sie *keine Einwendung* gegen ihre Behaftung erhob, auch die *Fortsetzung der Schiessübungen zu wahren,* aber sich ausdrücklich erklärte, sie erkenne diese Pflicht nur an bezüglich der Schiessübungen des Militärs, wie sie *bisher* bestanden haben, und in der Richtung nach den jetzt bestehenden Scheiben (Art. 138). Wenn dagegen entweder andere Richtungen gewählt würden oder sonst eine Ausdehnung der Schiessübungen etwa auf Privaten und Gesellschaften erfolgen sollte, so behielt sie sich ihre vertragsmässigen Rechte vor.

Ob diese Beschränkung seither durch Veränderung der Schussrichtung zur Anwendung komme oder nicht, ist eine That- und Beweisfrage, die besser in der Nähe als von der Ferne aus geprüft und beurtheilt werden kann.

Das « Einverständniss » zwischen Regierung und Centralbahngesellschaft einerseits und zwischen Regierung und Gemeinde Bern andrerseits über die Errichtung eines Schutzwalls war also ein *näher bestimmtes* und ein *beschränktes.* Unter keinen Umständen aber lag darin ein *Verzicht* der *Gemeinde* auf ihre vertragsmässigen Ansprüche gegen die *Centralbahngesellschaft,* noch eine *Billigung* des Schutzwalles als *definitive Erfüllung des Vertrags* von 1857, wie das Ihering behauptet

und eine Anzahl von Begutachtern im Vertrauen auf diese Behauptung angenommen haben.

Vielmehr wurde von der *Stadt* und von der *Regierung* ganz unzweideutig die *Fortdauer* der *Verpflichtung*, welche die Centralbahngesellschaft übernommen hatte, *sowohl* für die Verwendbarkeit des Wylerfeldes als Schiessplatz einzustehen, *als* für die Sicherheit des Bahnbetriebs zu sorgen, ausgesprochen und im Allgemeinen von der Centralbahngesellschaft nicht bestritten, sondern nur gegenüber von Aenderungen und Erweiterungen der Schiessübungen ein Vorbehalt gemacht. Mit keinem Worte wurde angedeutet, dass dieser Schutzwall die *einzige* vorgesehene oder vertragsmässige Sicherheitsmassregel sei.

Die Herstellung des Schutzwalls dem Plane gemäss hat daher nichts an den bestehenden Rechtsverhältnissen geändert: weder am Rechtsverhältniss zwischen der Centralbahngesellschaft und der Regierung in Betreff der polizeilichen Hoheitsrechte der letztern, noch am Rechtsverhältniss zwischen der Centralbahngesellschaft und der Gemeinde, welche, in ihrer reservirten Stellung beharrend, die erstere ihrer *doppelten* vertragsmässigen Verpflichtung *nicht entbunden* hat.

4. Die behauptete Aenderung in der Art der Schiessübungen.

Eine Reihe von Meinungsäusserungen in der neuen Druckschrift gehen ohne weiters von der Vorausetzung aus, die Schiessübungen seien nach der Herstellung des Walles in einer so intensiven Weise *umgeändert* worden, dass nur desshalb die Sicherheitsmassregel des Schutzwalls ungenügend geworden sei. Dieselben sind daher geneigt, die Klage aus dem Grunde abzuweisen, weil die ursprüngliche Servitut nicht durch den Berechtigten zum Schaden der Verpflichteten neu *beschwert* werden dürfe.

Die Praktiker durchweg, aber auch manche Theoretiker, sind freilich auch da in ihren Aeusserungen vorsichtig. Sie urtheilen so nur «auf Grundlage der Species facti», wie sie

Ihering gegeben. Becker macht sogar darauf aufmerksam, dass die thatsächliche Voraussetzung *bestritten* sei (S. 29).

Grundsätzlich bin ich mit der Bemerkung des Obergerichtsdirektors Becker (S. 30) völlig einverstanden: «Wenn nicht besondere Verabredung entgegen steht, so haben Beide, der Servitutberechtigte sowohl wie der Verpflichtete, durch den natürlichen Lauf der Dinge, z. B. den Fortschritt der Landwirthschaft (ich füge hinzu für unsern Fall den Fortschritt der Technik und der Entwicklung sowohl des Eisenbahnwesens als der militärischen Ausbildung) *gebotene Aenderungea des Umfangs einer Servitut in den Grenzen der æquitas zu gewähren und zu dulden*». Ich betrachte diesen Gedanken in Wahrheit als eine Leuchte für das richterliche Erkenntniss.

Jene thatsächliche Voraussetzung (Aenderung in der Art der Schiessübung) wird nun aber von der Klägerin vollständig bestritten, und auch die Gutachten der militärischen Experten wissen nichts von einer solchen wesentlichen *Umänderung* der Schiessübungen. Es wird daher in dieser Hinsicht das Beweisverfahren klar stellen, ob die von der Beklagten und entschiedener von Ihering behauptete Thatsache wahr sei, ob nicht.

Wäre wirklich eine so gründliche Umgestaltung geschehen, dass der ursprüngliche Sinn und Charakter der Dienstbarkeit zum Nachtheil des Servitutverpflichteten eine wesentliche Aenderung erlitte, so würde auch ich die beklagte Centralbahngesellschaft von der Verpflichtung freisprechen, auch diese Aenderungen durch ihre Massregeln zu beachten und zu wahren.

Ich habe nun aber in den Akten keine Bestätigung jener Voraussetzung gefunden und bin — so lange nicht der Beweis für dieselbe geleistet ist — der Meinung, dass dieselbe nicht zur Grundlage eines die Klage abweisenden Urtheils gemacht werden könne.

5. Das Klagebegehren.

Sowohl in meinem Gutachten als in dem Gutachten Iherings wird Kenntniss der Akten vorausgesetzt, welche den beigezogenen weitern Gutachten gefehlt hat.

Nur aus diesem Mangel ist es erklärlich, dass z. B. Obergerichtsdirektor Becker (Bem. S. 29), mit Rücksicht auf die Darstellung Iherings (S. 5) glauben konnte, das Klagebegehren laute:

« dass der Schutzwall wieder *entfernt* und *andere* Sicherheits-« vorkehren getroffen werden ».

Wäre wirklich *das* das Klagebegehren, so würde auch ich zur Abweisung desselben gekommen sein, denn *so absolut* lautet die vertragsmässige Verpflichtung der Centralbahngesellschaft nicht.

Das Klagebegehren lautet aber nach den Akten in der Hauptsache wörtlich so:

1) Es sei gerichtlich zu erkennen, die schweizerische Centralbahngesellschaft habe im Kaufvertrag vom 29. Mai, 4. und 5. Juni 1857 sub *litt. e* der Kaufbedingungen und in dem darauf folgenden Kaufvertrag vom 10. März 1863 mit Fertigung vom 11. Juli gl. J. sub *litt. d* die Verpflichtung übernommen:
   a. zu gestatten, resp. zu dulden, dass die Schiessübungen der Schützengesellschaften und der Truppen auf dem Exerzier- und Schiessplatz Wylerfeld in seinem durch die Bahnanlagen veränderten Bestand ihren ungehinderten Fortgang nehmen und demnach alle Einrichtungen zu unterlassen, welche die Ausübung dieses zu Gunsten des genannten Exerzier- und Schiessplatzes Wylerfeld errichteten Dienstbarkeitsrechtes erschweren,
   b. solche Sicherheitsvorkehren zu treffen, dass bei jenen Schiessübungen das Zielschiessen über die Bahn ohne Gefährdung des Bahnbetriebes stattfinden kann,
   c. diese Sicherheitsvorkehren jedoch nicht so einzurichten, dass durch dieselben die fraglichen Schiessübungen auf dem vorerwähnten Exerzier- und Schiessplatz Wylerfeld in ihrem ungehinderten Fortgang beeinträchtigt werden.
2) Die schweizerische Centralbahngesellschaft sei demnach schuldig, die seiner Zeit von ihr getroffenen und noch

gegenwärtig bestehenden Sicherheitsvorkehren (vgl. den auf dem Plane vom 3. April 1865 mit *g, h, i, k, l, m, n, o* bezeichneten Schutzwall) im Sinne des ersten Rechtsbegehrens sub *b* und *c* abzuändern, beziehungsweise zu ergänzen.

Von einer «*Entfernung des Schutzwalls*» ist folglich keine Rede, sondern nur von einer *Aenderung* und *Ergänzung* der *bestehenden* durch **dem Vertrage entsprechende** Sicherheitsmassregeln: *wie* diese im Einzelnen beschaffen sein sollen, ist im Vertrage nicht näher bestimmt und muss daher *zunächst* dem Ermessen der Centralbahngesellschaft überlassen bleiben, was im Klagebegehren auch geschieht.

Wenn daher der Richter das ganze Verhältniss nach æquitas beurtheilt, so wird er das *Prinzip der Verpflichtung* (Klagebegehren 1 und 2) anerkennen und insofern dann im Vollziehungsverfahren die *Anwendung* desselben im Einzelnen streitig werden sollte, das *den Umständen Angemessene,* allfällig auf Grundlage eines Expertenbefundes, verfügen.

Heidelberg, Mai 1878.

Dr. **Bluntschli.**